

EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA REVISIÓN DOCTRINAL

José Luis Meilán Gil*

Catedrático de Derecho administrativo

Resumen: *Se discute el carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. Se pone el acento en el funcionamiento anormal, actividad e inactividad, de la Administración Pública. No toda la indemnización por daños tiene por fundamento la responsabilidad de la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho.*

Palabras Clave: *Administración pública. Responsabilidad. Indemnización. Expropiación Forzosa.*

Abstract: *On discuss the objective character of non contractual liability of the Public Administration. Emphasis is place on the abnormal functioning, activity or inactivity, of Public Administration. Not all damages reparations is based on the Public Administration liability.*

Key words: *Public Administration. Liability. Reparations. Compulsory purchase.*

I. PLANTEAMIENTO

En la actualidad nadie duda de que, no solo la Administración, sino el Estado debe responder de los daños que cause a los ciudadanos. Hace muchos años Jellineck dejó sentenciado que la responsabilidad del Estado es la última ratio del Estado de Derecho. Como llamada de atención es suficiente. La afirmación no debería quedar limitada al ámbito de los Estados, como confirma la jurisprudencia del TJUE. De hecho figura como un derecho fundamental de los ciudadanos en el artículo 41 de la Carta de la UE, aplicable a sus instituciones y órganos en una interpretación restringida del artículo 51, que ha de ser reconocida por los Estados miembros de acuerdo con sus tradiciones constitucionales.

Habría que extenderla al ámbito global, cuyo reconocimiento explícito es todavía una de las muestras del déficit democrático del Derecho administrativo global, en relación con la actuación de organismos como la OMS que hace años, por ejemplo causó daños a muchos países, de un modo especial a México en materia de turismo, con su declaración sobre la gripe A y a muchos países que hubieron de comprar vacunas en grandes cantidades que han quedado inservibles y ahora mismo ha reconocido fallos en relación con el ébola.

* Catedrático de Derecho administrativo, miembro de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, Presidente de honor del FIDA, ex Consejero de Estado.

En el meollo de la responsabilidad hay un daño, que es preciso identificar con precisión y después deducir si ha de ser reparado por quien lo haya causado; quién responde y en qué medida.

En el Derecho civil, la responsabilidad tiene una muy larga tradición, simbolizada en el romano *alterum non ledere*. Se construyó sobre la conducta del particular: culpa, negligencia, culpa objetiva, ..., con diferenciación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, de una manera progresiva, al hilo de los casos concretos.

Sin hacer referencias concretas e históricas de Derecho comparado podría decirse, de una manera sintética y aproximativa para lo que pretendo exponer, que la evolución de la teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se mueve entre los siguientes polos: de irresponsabilidad a responsabilidad de la Administración; de responsabilidad indirecta a la responsabilidad directa; de responsabilidad subsidiaria a responsabilidad solidaria; de responsabilidad parcial a responsabilidad completa; de responsabilidad subjetiva a responsabilidad objetiva. Es esta última afirmación la que importa para lo que se pretende razonar sobre la posible revisión del carácter objetivo de la responsabilidad, tomando como referencia el Derecho español.

El resultante de la evolución teórica señalada es el desplazamiento de la base del sistema de responsabilidad. Esta no giraría sobre el principio de culpabilidad (principio subjetivo), sino sobre el concepto de lesión (criterio objetivo). En eso se pondrá un especial énfasis por un sector dominante de la doctrina española y se ha llegado a afirmar que el cambio coincide con el paso de un Estado liberal abstencionista a un Estado social, sin aludir a un Estado democrático. Esa orientación doctrinal se impuso legalmente y fue aceptada acriticamente durante largo tiempo por la doctrina científica.

Podría decirse, y así lo he sostenido desde hace muchos años en mis explicaciones de cátedra que, en cuanto a responsabilidad, el Derecho administrativo tomaba como punto de partida lo que para el consolidado Derecho civil, entonces considerado como el *ius commune* por excelencia, era una arribada después de una laboriosa y magnífica labor interpretativa. El Derecho administrativo, denunciaba en 1967, no tenía ya que acudir al Derecho civil para construir sus categorías jurídicas como habían testimoniado Mayer en Alemania o Hauriou en Francia y como durante muchos años el legislador español hizo para enfrentarse con la incipiente responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración ha de construirse desde el propio Derecho administrativo, como *ius commune*. La responsabilidad extracontractual, como sucede con el contrato, es un supra concepto que engloba la derivada de actos entre particulares y la que se deriva de actuaciones del Estado, de la Administración, que han de dirigirse al bien común, a los intereses generales que la Administración pública ha de servir.

El carácter objetivo de la responsabilidad basado en el daño conduce con facilidad a una reparación omnicompreensiva o universal de los daños. En concreto, hay que plantear si en un Estado social y democrático de Derecho la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha de hacer frente a la posible reparación de todos los daños que no se refieran a las lesiones queridas directamente por la Administración, de lo que se excluirían las justificadas en el interés público o social en virtud de expropiación forzosa.

Porque en este asunto, que sigue siendo controvertido, incide la evolución del Estado y de su relación con la sociedad, el progreso tecnológico, el incremento del riesgo y la sensibilidad social, la política legislativa y la dogmática jurídica. El caso español es paradigmático.

II. EL DERECHO ESPAÑOL

La ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, todavía vigente, constituye el *turning point* de la concepción de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Se reconoce una responsabilidad directa. Atrás queda la insuficiencia e inadecuación del Código civil: responsabilidad sí del Estado cuando obraba por mediación de un “indefinido” agente especial y no cuando el daño hubiere sido causado, mediando culpa o negligencia, por un funcionario, por regla general insolvente. Todo lo más se reconocía responsabilidad subsidiaria (ley 5 abril 1904; Constitución 1931, ley municipal 1931) llegándose admitir responsabilidad directa en el ámbito local cuando no haya culpa o negligencia, (ley de 1955).

La introducción en la LEF se hace de un modo forzado, con calzador, como reconoce la Exposición de Motivos y se encargaría de recordarlo su “padre”, el prestigioso profesor García de Enterría. El artículo 121 establece que dará lugar a indemnización “toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla se consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables, en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”. El artículo 122,1 dispone “en todo caso el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La LEF se aplica a toda la Administración, pero en cambio se restringe a las lesiones que se sufran en los bienes o derechos susceptibles de expropiación, es decir, de carácter patrimonial. Esta limitación intentó ser salvada por el Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957 que, en su artículo 133, habla simplemente de “toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos”.

Esta responsabilidad se distingue de la expropiación forzosa ya que los artículos señalados están incluidos en un capítulo bajo la rúbrica “indemnización por otros daños” que, a su vez, forma parte de un título distinto de los que se refieren al procedimiento general y a los especiales de Expropiación Forzosa. En ese sentido podría decirse que en la expropiación el daño es querido directamente por la Administración y, por eso, la indemnización o justo precio es un supuesto previo para su realización. Por el contrario, la responsabilidad surge no como consecuencia directamente querida, sino como consecuencia incidental, residual de una actuación: la exposición de motivos de la Ley habla de “una inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos” que lleva consigo la actividad administrativa.

La inclusión de estos artículos relativos a la responsabilidad por daños causados por la Administración se justifica en la exposición de motivos de la Ley por dos órdenes de consideraciones. En primer lugar se trata de aprovechar la oportunidad para “poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico-administrativo” dado que “los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración, resultan hoy tan angostos, por no decir prohibitivos”. En consecuencia, “se ha estimado que es esta una ocasión ideal para abrir, al menos, una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general, no puede proteger intereses de la Administración insolidarios con aquél”.

En segundo lugar, la justificación es doctrinal y estriba en llevar “a sus lógicas consecuencias” el principio en que se basa la expropiación forzosa según la ley, que es considerarla “el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del derecho del particular por razones de interés general”. La afirmación de ese principio y su extensión a la responsabilidad de la

Administración ponen de manifiesto una cierta unidad básica ya que “cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado” que “no es justo que sea soportada a sus propias expensas por el titular del bien jurídico dañado”, sea esta consecuencia de una actuación directamente querida (expropiación) o de una consecuencia de la actividad de la Administración (responsabilidad).

El artículo 121 de la LEF establece que dará lugar a indemnización “toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables, en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo”. El artículo 122,1 dispone “en todo caso el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Constituyó un gran avance y, como tal, fue generalmente admitido, hasta el punto de que otro profesor, López Rodó, propugnó la generalización de la responsabilidad en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. En su exposición de motivos se justifica diciendo que “no obstante el gran avance que supuso la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, parece oportuno consignarla en términos generales, a fin de cubrir todos los riesgos que para los particulares pueda entrañar la actividad del Estado, salvo cuando exista justa causa que obligue a soportar el daño sin indemnización”. No vale la pena consignar los perfeccionamientos concretos que contiene la ley que ya es formalmente pasado.

Lo significativo es que nos poníamos a la cabeza de Europa. Era un triunfo del Estado administrativo, aunque no democrático de Derecho, de aquella época que ningún legislador de la etapa democrática se ha atrevido a modificar, quizá por no parecer menos progresista que el de la era predemocrática, pese al cambio político que se ha producido desde entonces.

En la regulación actual han desaparecido medidas no fiscalizables en vía contenciosa -en la LRJAE se había suprimido la referencia a discrecionales-, un reconocimiento de doctrinas y limitaciones del control judicial entonces dominantes. Por lo demás, todo ha quedado igual en la vigente ley 30/1992 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo (LRJPAC) en la que se han refundido y puesto al día las del mismo nombre impulsadas por López Rodó. Figura en los artículos 139 a 144.

Para lo que aquí interesa tratar se subraya que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor; son indemnizables las lesiones provenientes de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar según la ley; la anulación de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización, aunque obviamente el verbo empleado no la excluye. Y para completar la amplitud de la regulación, por servicios públicos se entiende cualquier actuación de la Administración, como su inactividad, o simples hechos, siempre que se compruebe la existencia de un nexo causal y, por supuesto, son indemnizables los daños morales.

Para completar la referencia normativa no deja de ser significativo que la Constitución de 1978, en su artículo 106,2 se refiera solo al funcionamiento de los servicios públicos, sin distinguir entre normal y anormal. Pero esa diferencia ha persistido en la ley a la que hace referencia el artículo constitucional.

III. EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL Y CRÍTICA

Esa magnánima regulación ha sido aplicada por los Tribunales aceptando acríticamente el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Los recursos fueron escasos y moderados hasta los años 80 y desde entonces se han incrementado exponencialmente (Martín Rebollo), hasta tal punto que en 1999 el legislador, alarmado por el monto de las indemnizaciones en materia de sanidad pública, tuvo que introducir un añadido al artículo 141, estableciendo que no serían indemnizables los daños derivables de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos y todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer en ambos casos.

La doctrina dominante impuso como un dogma el carácter objetivo de la responsabilidad aceptado por casi todos los administrativistas a excepción de Garrido Falla, que apuntó la distinción entre indemnización y responsabilidad. En 1993 se mantenía, al comentar la ley 30/1992 actualmente vigente, que la responsabilidad patrimonial de la Administración es “un dispositivo objetivo de reparación de todos los daños antijurídicos que los particulares sufran a resultas de acciones u omisiones administrativas (Leguina).

La cuestión se centra en la admisión de la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos. En 1994 un civilista, Pantaleón, agitó las aguas aquietadas por la auctoritas de García de Enterría. Comentando una STS de 14 de junio de 1991, en un asunto del ámbito de la sanidad –indemnización por una intervención quirúrgica que había sido, sin embargo, realizada de acuerdo con la ARS médica y tuvo una complicación posterior– arremetió contra el supuesto de funcionamiento normal del servicio, llegando a sostener que es “un mecanismo de redistribución perversa de la renta”. Tesis que se subrayará más adelante en sede doctrinal (Oriol Mir) desde el punto de vista de la indemnización: más elevada la del rico que la del pobre.

Levantada la veda, la doctrina ya no es unánime. La lesión como base de la responsabilidad de la Administración ha sido cuestionada. En ella se puso el acento en lugar de la actividad posiblemente causante. Tenía sentido para diferenciarla de la subjetividad de la acción, culpa o negligencia o dolo, en la responsabilidad civil. Es obvio, como vengo insistiendo desde el comienzo de mi actividad docente, que ha de evitarse antropomorfismo al referirse a la Administración Pública. Sigue definiéndose el acto administrativo como declaración de voluntad y similares. Pero los “vicios” del acto administrativo, por utilizar esa alegoría, no son los de la “voluntad” de un sujeto –*vis, metus*– sino los datos objetivos derivados de la legalidad –competencia, por ejemplo– en definitiva, no ser conformes a Derecho. Es cierto que la actuación de la Administración se lleva a cabo por personas, pero su comportamiento personal no es decisivo para declarar la legalidad o nulidad del acto. Ni siquiera en la desviación de poder.

Es certero, por tanto, no acudir a la subjetividad del comportamiento propio de la responsabilidad civil para explicar la patrimonial de la Administración. Las categorías jurídicas, en el Derecho administrativo han de ser construidas desde él, como *ius commune*, he venido insistiendo. Eso no impide, sino todo lo contrario, descubrir el carácter supra conceptual de muchas categorías jurídicas. También esta aproximación general puede ser útil en el caso de la responsabilidad por daños.

La categoría jurídica de la responsabilidad tiene como elemento esencial un daño que es consecuencia de una actuación, o si se prefiere de un comportamiento, que ocasiona un daño ilegítimo, por no ser conforme al Derecho. Eso mismo sucede en relación con el comporta-

miento de la Administración a efectos de responsabilidad. La actuación administrativa, equivalente a comportamiento que engloba la inactividad, es controlable por los Tribunales en cuanto a su sometimiento a los fines que la justifican. El cambio sustentado por la doctrina para explicar el, por supuesto plausible paso de la irresponsabilidad o responsabilidad subsidiaria de la Administración a la responsabilidad directa, no justifica, en mi opinión, cambiar el fundamento de la responsabilidad.

Cierto es que si no hay daño, no hay responsabilidad; pero es fundamental conocer si existe una causa que justifique su reparación. Intuitivamente no es difícil admitir, de entrada, que esa causa ha de ser ilegítima para generar responsabilidad. Daños o, si se prefiere, lesiones que puedan ser consecuencia de una causa legítima habrían de encontrar su justificación en una institución diferente de la responsabilidad. Es lo que sucede con la expropiación forzosa; pero no se agota en ella, como habrá ocasión de razonar, en un Estado social de Derecho, distinto al Estado en que se fraguó la doctrina que permanece legalmente por inercia doctrinal y oportunismo político.

La tesis que adelanto es conforme con lo que dice la Constitución, que se refiere solo al funcionamiento de los servicios públicos. El equivalente a la culpa o negligencia de la responsabilidad civil sería el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Sólo en ese caso estaría justificada la indemnización del daño causado. La actuación del sujeto causante del daño es relevante para la existencia de responsabilidad. No hay por qué trasladar la base de la responsabilidad desde la actuación al daño. La ilegitimidad de la actuación se manifiesta de distinto modo en el particular y en la Administración, como sucede también en los contratos, sin que se altere lo esencial del “supraconcepto”.

De otra parte, ha de subrayarse que la Constitución no ha impuesto el criterio objetivo en el sentido tradicional que sigue manteniéndose en la ley. El precepto fue aprobado en el proceso constituyente sin reparo alguno. Se conocía perfectamente lo que figuraba en las leyes predemocráticas que con toda conciencia no se reprodujo exactamente en la Constitución. La remisión que hace la Constitución a la ley no se refiere necesariamente a esa legislación. El peso doctrinal, de un lado y un discutible progresismo de otro mantuvieron la alternativa de funcionamiento normal o anormal.

En definitiva, al no querer, con razón insisto, colocar el peso en la culpabilidad o negligencia del actor, lo que se ha hecho es desplazar la clave de la responsabilidad del comportamiento del actor al resultado de él, la lesión. Frente a un carácter subjetivo, ligado al comportamiento ilegítimo, una responsabilidad objetiva, en la que el comportamiento ilegítimo no es concluyente.

A mi entender habría que volver a poner en primer término el comportamiento, es decir el funcionamiento anormal del servicio público por decirlo en términos acuñados en la ley. El funcionamiento anormal, cuya anormalidad, ha de precisarse, cubre los supuestos de auténtica responsabilidad patrimonial de la Administración. La responsabilidad del Estado, deriva también de un comportamiento ilícito cuando la ley vulnera la Constitución (*ad exemplum* STS de 11 de octubre de 1991) o el Derecho comunitario. Por lo que se refiere a este último la responsabilidad puede provenir tanto de una acción como de una inactividad, así reconocida por el Tribunal Luxemburgo; un caso paradigmático es la no transposición de una Directiva.

El artículo 139,3 de la LRJPAC suscita alguna duda: “Las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”. De

entrada, conforme a lo adelantado y que se reiterará, distingue responsabilidad de expropiación forzosa. Los actos legislativos pueden cubrir actuaciones legítimas, debe ser lo normal y, no obstante el precepto prevé responsabilidad, pero restringida a los términos en ellos especificados. Como mínimo podría sentarse que la regla general de la responsabilidad es el funcionamiento anormal y sólo en casos concretos y explícitos puede derivar de una actividad lícita referida a actos legislativos.

El examen de la jurisprudencia descubre que, de un modo casi instintivo, se busca esa anomalía del funcionamiento del servicio. En ese sentido se ha hablado de que “se puede reconocer la subjetivización del discurso de los jueces y tribunales que pondría en entredicho la concepción meramente objetiva de la conducta del agente causante de la lesión”(Nettel Barrera). Para no separarse de la literalidad del precepto legal y no desviarse de la escuela (Martín Rebollo) se ofrece un esquema razonador que es, en realidad, lo que frecuentemente hacen los tribunales: ver si existe anomalía y si no, acudir “*in extremis*” a la normalidad, en aplicación del criterio objetivo de la responsabilidad que invocan para fundamentar el fallo, en ocasiones, en principio de equidad, con función retributiva del gasto público.

La jurisprudencia revela una notoria variabilidad a la hora de entender, desde la admisión del carácter objetivo de la responsabilidad, cuándo, por ejemplo, es exigible en actos administrativos anulados, al examinar si existe o no el deber jurídico de soportar el daño. Se pasa de la doctrina del “margen de tolerancia”, al de “margen de apreciación”, con una asunción de la tradicional concepción de la potestad discrecional, contra la que me he pronunciado reiteradamente, ya que entiendo que no hay soluciones igualmente justas, no existe indiferencia para la Administración. Así, en STS de 5 de febrero de 1996: “la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente”. No deja de tener razón el voto particular al advertir la contradicción de la mayoría del tribunal “cuando afirman el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, al tiempo que la exoneran de responder por haber actuado dentro de lo razonable”.

Como se ha dicho en sede doctrinal, contraria a la admisión de responsabilidad en caso de funcionamiento normal de los servicios públicos, “no puede montarse un sistema que quiera ser objetivo en base a criterios aplicativos que sólo pueden ser utilizados arbitrariamente” (Santamaría). Quizá la frase sea excesiva, pero es significativa de cómo un sector se va separando de la doctrina hegemónica. Otras son más contundentes: “un sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración (un sistema en que la responsabilidad sea objetiva para todos y cada uno –sin excepción– de los ámbitos de actuación administrativa) como el que recoge el ordenamiento español... resulta inaceptable (Oriol Mir).

Al parecer, la doctrina que siguió la que era dominante y la jurisprudencia no interpretaron bien lo que el autor del artículo 121 de la LEF quiso decir. Según sus propias palabras en 2002 (Prólogo a Oriol Mir) “nunca existió la idea de ...una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización”. Se trataba de sostener que la causa de la responsabilidad ha de ser siempre un “perjuicio antijurídico” desplazando la antijuridicidad desde la conducta a la perspectiva del patrimonio del dañado. El daño, en sí mismo, es antijurídico.

Me parece que hay un poco de tautología. La antijuridicidad se explica porque no existe el deber de soportarlo. En qué se basa ese no deber, la juridicidad. Es obvio en el caso de la expropiación. Si no se acude a una actuación antijurídica, en un sentido amplio de la palabra, resulta difícil acertar en la identificación del daño. Justamente la actividad antijurídica, que en la responsabilidad civil se manifiesta por culpa o negligencia, en la Administración se manifiesta por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, que constituye la base para reconocer la reparación de un daño.

La tesis que se está criticando es precisamente una de las causas de que los tribunales hayan interpretado “libremente desde criterios de equidad o que (en el caso de los servicios sanitarios, por ejemplo) se han referido a veces a una situación socialmente deseable desde criterios morales o desiderativos de protección social”, que el padre de la doctrina con razón critica. Y lo que es más significativo, termina reconociendo que la formulación legal, seguramente demasiado abstrusa, puede dar lugar como la experiencia ha demostrado, a resultados excesivos”, a que el sistema legal español “ha comenzado a funcionar hace ya algún tiempo de forma poco satisfactoria”. Pero no se cambia la posición que ha inducido a esas equivocaciones. A lo sumo podría proponerse “mantener esa fórmula general, pero adicionándolas con algunas puntualizaciones”. Más bien habría que invertir la regla.

Esos resultados excesivos, que ponen en cuestión la efectividad del sistema y la solidaridad en que a veces se sitúa como fundamento, quizá provengan de pedir a la categoría más de lo que ella puede dar: no toda indemnización de un daño ha de atribuirse a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

De entrada, ha de reconocerse que el sistema español no es el general en la Unión Europea. El artículo 340 del TFUE reconoce, en materia de responsabilidad extracontractual, la obligación de reparar los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones “de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”. Puesto en relación con el artículo 41 de la Carta de derechos humanos representa un mínimo obligatorio para los Estados miembros que han de reconocer ese tipo de responsabilidad, ya que hay diversidad de regulaciones en los Derechos de los Estados miembros, en los que no es unánime la admisión de responsabilidad por actos lícitos.

Aunque el citado artículo se refiere a los daños causados por instituciones o agentes de la UE, el TJCE ha declarado que es de aplicación a los Estados miembros ya que la protección de los ciudadanos “no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño” (STJ de 5 de marzo de 1996, C-46/1993 y C-48/1993).

La jurisprudencia, cuyo examen minucioso queda fuera del alcance de lo que aquí se trata, se aduce solo como elemento de referencia en apoyo de la tesis expuesta de limitar la responsabilidad al funcionamiento anormal de los servicios públicos.

La STJ de 4 de julio de 2000, C-352/98 P, reproduce lo que es doctrina general en materia de responsabilidad de los Estados miembros por daños causados a los particulares: “el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho comunitario reconoce un derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas”. Esa violación suficientemente caracterizada se reconoció desde muy temprano (caso *Zuckerfabrik Schoppenstedt*, de 2 de diciembre de 1971). Entiendo que se trata de un acto normativo, una norma, ilícito.

Existe reticencia a admitir la responsabilidad por actos lícitos. En ese sentido, la STJ de 15 de julio de 2000, C-237/98, con cita de otras, dice: “En el supuesto de admitirse en el Derecho comunitario el principio de responsabilidad por un acto lícito, tal responsabilidad requerirá en todo caso la existencia de un perjuicio anormal y específico”.

De otra parte, la vulneración de una norma, para que pueda entenderse que genera un daño reparable ha de estar “suficientemente caracterizada” y se identifica con “la inobservancia manifiesta y grave por parte tanto de un Estado miembro como de una Institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación” (asuntos C-178/94 y C-190/94).

IV. PROPUESTA DE REVISIÓN DE LA CATEGORÍA

De lo expuesto se desprende que la responsabilidad directa de la Administración es una conquista inamovible. La repetición sobre el personal de la Administración, cualquiera que fuese su éxito, es una cuestión que no afecta a ese avance.

También de lo expuesto se deduce mi opinión a favor de reconducir la responsabilidad patrimonial de la Administración al funcionamiento anormal de los servicios públicos cuando se produce un daño. No se trata solo de intentar delimitar la institución, sino también de hacer más fácil la función de los jueces.

La anormalidad no se identifica necesariamente desde el punto de vista de su ilegalidad. Un acto declarado nulo supone un funcionamiento anormal; pero no todo funcionamiento anormal genera daño. En ese sentido, la jurisprudencia ofrece una casuística aceptable porque, en el fondo, los casos en que se admite la responsabilidad por ser el acto inválido, revelan un patente funcionamiento que excede de lo que es razonable exigir en la producción de actos, sujetos al control judicial: flagrante desatención normativa, demora injustificada, maniobra ilegalidad teñida de arbitrariedad etc.

La anormalidad se refiere al incumplimiento de los estándares que forman parte del funcionamiento que es razonable prever del funcionamiento de los servicios: falta del servicio, no actuación, retraso etc. Las Cartas de servicios son, en ese sentido, un buen instrumento para fijar estándares y ayudar a resolver los casos litigiosos. A eso responde también la referencia al “estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica”, una remisión a estándares que la Administración debe conocer, que en materia sanitaria encuentra una referencia mundial en la OMS y protocolos varios, como acaba de ponerse en cuestión en el caso de una enfermera contagiada de ébola.

Entiendo que son reconducibles al supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos actuaciones que no son ilícitas en un sentido jurídico, y por tanto en ellas no cabría la posibilidad de responsabilidad solidaria con el agente o funcionario público que la realizó. Es el caso de daños, incluso personales, por actuaciones policiales y en otros casos de emergencia que hayan sido proporcionadas y, sin embargo, hayan causado daños colaterales. En esos casos, existe un riesgo que se asume. La actuación desde el punto de vista jurídico no es ilícita, no ha habido culpa o negligencia en quien la ha desarrollado; pero es evidente que el funcionamiento del servicio ha sido anormal: lo normal es que no se produzcan esos daños colaterales, aunque no se descarte el riesgo de que ocurran.

Es una consecuencia de cómo opera la responsabilidad en el Derecho civil y en el administrativo. Funcionamiento anormal del servicio no significa necesariamente ilicitud como culpabilidad o negligencia. Esa no identificación permite que los agentes puedan actuar con la eficiencia que requiere el mantenimiento de la seguridad pública y ciudadana. En el caso de una acción desproporcionada resulta también evidente el funcionamiento anormal del servicio y genera responsabilidad de la Administración, sin perjuicio de la acción de repetición contra el agente.

También entiendo que, de acuerdo con lo expuesto, existe un funcionamiento anormal de los servicios públicos cuando las obras realizadas en una vía pública producen daños en edificios colindantes. No existe un ilícito en la actuación, pero el servicio público no ha funcionado normalmente.

La reconducción de la posible responsabilidad al funcionamiento anormal de los servicios públicos, del comportamiento activo e inactividad de la Administración, podría dar la impresión de que daños no producidos por el funcionamiento anormal quedarían fuera de

todo resarcimiento. De entrada, ha de recordarse que no todo resarcimiento se reduce al que procede de responsabilidad. No todas las indemnizaciones por daños tienen la misma causa y, por tanto, sus regímenes jurídicos no son iguales. En esa diferencia se encuentra la justificación de las distintas categorías jurídicas.

En España, gran parte del problema proviene del nacimiento del actual régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la LEF, que la engloba en el título “otros daños”. Responde a la orientación doctrinal que puso el acento en el daño, con independencia de su causa. Un empeño laudable, pero entiendo que doctrinalmente innecesario. La expropiación forzosa es una institución distinta de la responsabilidad. La exposición de motivos de la LEF y el testimonio de su “padre doctrinal” reconocen que la introducción de la responsabilidad en la citada ley fue un tanto forzada: para aprovechar la oportunidad de que se reconociese en el ordenamiento español la responsabilidad directa de la Administración.

En apoyo de la diferenciación entre expropiación forzosa y responsabilidad, fácilmente aceptada, puede aducirse el diferente sitio que ambas instituciones figuran en la LEF y en la CE. En el artículo 33 de esta, al reconocer como derecho fundamental la propiedad privada - de contenido obviamente económico, al que puede incorporarse un elemento de afección - se dice que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”. La responsabilidad patrimonial de la Administración está en el artículo 103 del título IV Del Gobierno y de la Administración”. Es cierto que en ambos casos existe una lesión en derechos, un daño, pero la causa y los efectos jurídicos no son coincidentes, aunque se hable en ellos de indemnización. El artículo 139,3 de la LRJPAC, anteriormente citado, viene a reconocer la diferencia entre responsabilidad y expropiación forzosa.

Desde esa perspectiva puede sostenerse que en la expropiación forzosa el daño ha de ser soportado por el particular, porque se trata de una actuación de la Administración justificada en el interés público o social, sin cuya procura no existe la organización de la convivencia que llamamos Estado. El daño es directamente querido por la Administración; su actuación queda justificada por ese fin. La indemnización es el precio justo de la privación efectuada. En la responsabilidad el daño no es directamente buscado por la actuación de la Administración. Es el resultado de la misma, en el amplio sentido que se ha dado anteriormente al término actuación.

Qué sucede, por tanto, con daños que no son consecuencia de una expropiación forzosa y no proceden de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, el ámbito al que se ha defendido debe circunscribirse la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin entrar en el análisis de la variada casuística pueden adelantarse las siguientes consideraciones. En primer término ha de reconocerse lo que parece una obviedad: la indemnización no presupone siempre existencia de responsabilidad de la Administración. Es más, en casos no existe actuación de la Administración por muy amplia que fuere la interpretación de aquella. Un ejemplo extremo sería el de las víctimas de terrorismo. Sufren un daño que, obviamente, no tienen el deber de soportar. Es de justicia por parte del Estado reparar el daño. La obligación de reparar no procede del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Resultaría sarcástico admitirlo.

Sin aludir a ese caso extremo, que tiene que ver con situaciones de emergencia, se admite con toda naturalidad que no se reconoce responsabilidad patrimonial en los casos de fuerza mayor. El carácter objetivo de la responsabilidad basado en la existencia del daño parece que naufraga. El fundamento de la reparación es diferente. Se comprueba en el Real Decreto-ley

2/2014 de 21 de febrero, por citar un ejemplo no muy lejano. Se adoptan medidas urgentes para reparar daños causados en los dos primeros meses de 2014 por las tormentas de viento y mar en la fachada atlántica y cantábrica, de lo que puedo dar fe por mi residencia, tanto a personas como a bienes afectados por esas tormentas. La reparación se concreta en ayudas por daños a personas, enseres y viviendas, establecimientos industriales, mercantiles, agrarios, marítimo-pesqueros y de otros servicios. Nada que no haya ocurrido en ocasiones análogas. Incluso las expresiones subrayadas muestran la diferencia con los supuestos de derechos como consecuencia de una responsabilidad patrimonial del Estado.

En otros casos, el reconocimiento posible de la indemnización podría seguir el curso de la expropiación forzosa, aunque el bien dañado no haya sido objeto formal de aquella. Es lo que sucede con el resultado antieconómico de la parte de la propiedad que queda después de la expropiación (art. 23 LEF). Ese mismo tratamiento puede aplicarse a otros casos en el que el posible daño sea consecuencia de una actuación amparada en el interés público, no formalmente expropiatoria. La definición legal de la expropiación forzosa es lo suficientemente amplia para no tener que acudir a otro fundamento: “cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos” que en este caso sería consecuencia de esa actividad protegida por un interés público concreto.

Desde ese punto de vista puede entenderse la obligación de indemnizar por decisiones del Gobierno que son expresión de “dirigir la política interior y exterior” (artículo 97 de la CE) que, en definitiva, se corresponde con su función de contribuir a definir los intereses generales que la Administración debe servir (artículo 103 de la CE), propios de la alternancia y pluralismo político característicos de un Estado democrático de Derecho.

Cuando se aprobó la LEF y la LRJAE existía la inmunidad de los actos políticos del Gobierno para su revisión por la jurisdicción contencioso administrativa. Por eso se entiende que, como un avance, se incluyera en los supuestos indemnizatorios “la adopción de medidas discrecionales, no fiscalizables en vía contenciosa” según la LEF-García de Enterría o con supresión del término discrecionales en la LRJAE-López Rodó. Tal sintagma ha desaparecido en la regulación actual. Puede ocurrir, y será lo normal, que el acuerdo adoptado por el Gobierno, que tiene legitimidad democrática, sea conforme a la ley y al Derecho. No existiría ninguna anomalía; pero puede generar daños. Entiendo que la indemnización encaja en el instituto expropiatorio.

Sería el caso de la STS del 5-7-1999 relativa a la reclamación por perjuicios causados a un local de negocio a causa de la resolución del Consejo de Ministros de 6 de junio de 1969 por la que se acordó el cierre de los puestos fronterizos y de policía de la Línea de la Concepción, en otras palabras, el de la verja de Gibraltar, un contencioso político histórico, “en el ejercicio de las funciones de dirección de la política exterior que tiene encomendada”. Cualquiera que sea el juicio político que mereciera la medida es obvio que la decisión era conforme, al menos, con el Derecho nacional sin que conste que sobre ella hubiese recaído ninguna decisión de un Tribunal internacional. La sentencia aplica el artículo 40 de la LRJAE de 1957 que recogía la posibilidad antes citada, de recurrir por daños ocasionados por medidas no fiscalizables en vía contenciosa y admite en parte la pretensión del recurrente. Desde la perspectiva que aquí se plantea, se trataría de un supuesto de carácter expropiatorio.

Con vigencia de la Constitución de 1978, ese carácter expropiatorio tiene la ley de Costas de 28 de julio de 1988 en relación con los enclaves de propiedad privada, así declarada en sentencias firmes del Tribunal Supremo, en la Zona marítimo-terrestre, que por determinación constitucional es dominio público (artículo 132,2). Ese carácter ha sido reconocido por la STC 149/1991, que reconoce como justiprecio la transformación de la propiedad en una

concesión gratuita por 30 años prorrogables por otros 30 que, con cambio de gobierno, se ha extendido has los 75 por la ley 2/2013 de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la citada.

La consideración de social del Estado muestra otra posibilidad de hacer frente a daños o perjuicios que se produzcan aun cuando el servicio ha funcionado con normalidad. A ello se refiere la frase final de lo añadido al artículo 141 de la LRJPAC. No serán indemnizables por causa de responsabilidad lo establecido allí en relación con el estado de la ciencia y de la técnica; pero ello “sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para esos casos”.

Esta es la vía, sin obligar a los jueces a que realicen por su cuenta una labor humanitaria que, aceptada como regla general, supondría una redistribución injusta como la que suscitó el comentario de la sentencia referida con anterioridad en el ámbito de la sanidad. Daños producidos por accidente al margen del funcionamiento normal del servicio, adverdado por el cumplimiento cabal de los protocolos.

Sería un derecho a realizarse por la vía de la Seguridad social, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en caso de necesidad”. En ese sentido, que comparto, se ha dicho que la institución de la responsabilidad no es un buen instrumento para canalizar la solidaridad (Oriol Mir), de otra parte habría que añadir esencial; tampoco una buena herramienta redistributiva como se afirmó con anterioridad.

El impresionante desarrollo tecnológico desde que se aprobó en 1954 la LEF, con incremento del riesgo, que no se circunscribe al originado por la naturaleza -la fuerza mayor- plantea nuevas perspectivas para la responsabilidad de la Administración, por su obligación de cumplir con un principio de precaución. En todo caso nos encontraríamos ante nuevos supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Son los “nuevos riesgos” que pueden ocasionar la vulneración de derechos fundamentales como constata la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Casos conocidos son los daños que han de ser reparados por los ruidos de los aviones en aeropuertos, polución acústica, que no respetan o inciden de un modo negativo en la calidad de la vida privada y en el domicilio de residentes cercanos: Heathrow, STEDH de 21 de febrero de 1990; Barajas, STEDH de 16 de noviembre de 2004. El Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias, razonables y adecuadas, para proteger esos derechos de los interesados al respeto de su vida privada y de su domicilio y, en general, a gozar de un medio ambiente sano y protegido, según el Tribunal.

En España se ha reconocido al resolver un recurso de amparo por STC 119/2001, de 24 de mayo, con referencia a “las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre la salud, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar”. La sentencia del TEDH citada sobre el aeropuerto Barajas por la que se declaró que España había vulnerado el artículo 8 de la CEDH fue fundamento para la STS de 13 de octubre de 2008 y el ATS de 14 de enero de 2009, en que se reconoce que la contaminación acústica es “muy superior a la aconsejada por la OMS”, estimándose el recurso interpuesto.

Se han planteado cuestiones en cuanto a la prevención de la salud y la preservación del medioambiente. Hasta qué punto la Administración ha debido adoptar esas medidas o advertencias. Un caso típico es el de la STEDH de 27 de enero de 2009, en la que se enjuicia la pasividad de las autoridades en la información de las consecuencias presentes y futuras del

vertido tóxico de cianuro de sodio de una mina de extracción de oro en las proximidades de los domicilios, con repercusión sobre la salud de los habitantes en el caso concreto de accidente ecológico.

Los ciudadanos, se constata que han debido vivir en un estado de angustia e incertidumbre acentuados por la pasividad de las autoridades que tenían el deber de suministrar informaciones suficientes y detalladas en cuanto a las consecuencias, pasadas, presentes y futuras del accidente ecológico sobre la salud de aquellos.

El problema se plantea en cuanto a la relación de causalidad: hasta qué punto el vertido ha supuesto la agravación del asma que los reclamantes invocaban. Una cuestión de prueba para la efectividad de la reclamación planteada. En el voto particular se critica la concepción clásica de esa relación, cuando hay que operar sobre la incertidumbre, la probabilidad deducida de cálculos estadísticos en conexión con los datos que suministra la ciencia. En todo caso, se pronuncia sobre la inversión de la carga de la prueba; correspondería a la Administración probar que no existe esa relación causal: “el respeto de la vida privada es un valor primordial, cuya defensa, por el juez europeo, no estaría limitada por la ausencia de una certidumbre absoluta, sobre todo en el contexto de las enfermedades modernas”. Una cuestión ciertamente discutible que evidencia, sin embargo, las nuevas dimensiones de la responsabilidad de la Administración.

Otra modalidad nueva es la asunción de un riesgo por la Administración que no crea, pero cuya existencia puede producirse por actividades privadas que ella misma estimula. Hasta qué punto podría sostenerse que es una cuestión de responsabilidad patrimonial, tal como se ha construido tradicionalmente. No hay funcionamiento normal ni anormal de los servicios públicos. Se encajaría más bien en una política económica de fomento que no vulnere la prohibición de ayudas públicas en el Derecho de la UE.

Es lo que ocurre con la cobertura de los riesgos que puedan acaecer a las empresas en un mundo global y altamente competitivo. A ello se refiere la ley 8/2014 de 22 de abril sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de internacionalización de la economía española. Esa cobertura de riesgos constituye un servicio de interés económico general como instrumento del sistema español de apoyo financiero oficial a las empresas españolas. Los riesgos podrán ser de variado carácter (comercial, político...) y la cobertura es gestionada por cuenta del Estado por medio de un Agente Gestor. Actividad de servicio público con fines de fomento; nada que ver con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

V. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

El quehacer científico ha desempeñado y seguirá desempeñando un rol importante en la construcción de los ordenamientos jurídicos que garanticen derechos de los ciudadanos, los haga más efectivos y permita una mejor satisfacción de los intereses generales en cada momento. Se trata de una actividad, abierta al diálogo, sin dar la espalda a la evolución de la sociedad, que quizá de un modo pretencioso se acostumbra a llamar doctrina o dogmática. Una actividad libre, sin sujeciones especiales, expuesta a la rectificación y a la revisión, sin erigir en inmutable lo que pudo ser oportuno en un momento.

Las categorías e instituciones son necesarias para una cabal explicación de lo que se quiere en función del bien común y la dignidad y el bienestar de los ciudadanos. Son una muestra o un intento de servirlos. No deberían extenderse más allá de lo que las justifican. No se trata de desnaturalizarlas para dar respuesta a hechos nuevos que deban encontrar una solución de justicia, que da razón de ser al Derecho.

Es posible que la construcción de la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración haya de ser contemplada desde las exigencias y requerimientos del Estado social y democrático de Derecho. Es lo que he pretendido con las reflexiones expuestas.

BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía española sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración es numerosa. Aquí se seleccionan algunos trabajos, con exclusión de los Tratados y Cursos generales de Derecho administrativo.

García De Enterría, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, 1956; Prólogo a O. Mir Puigpelat, “La responsabilidad patrimonial de la Administración”. Madrid, 2002

Garrido Falla, Fernando. “Panorama General de la responsabilidad civil de la Administración Pública” en *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Coord. J. L. Martínez López Muñoz y A. Calonge, Marcial Pons, Madrid, 1999.

González Pérez, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004

Leguina Villa, Jesús. *La nueva ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993

Martín Rebollo, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *RAP*, 150, 1999.

Mir Puigpelat, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas, Madrid, 2002

Nettel Barrera, Alina de Carmen. *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*. Atelier, Barcelona, 2012.

Pantaleón Prieto, Fernando. “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Prólogo, a Francisco Javier de Ahumada Ramos, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Aranzadi, 2000.